

# **LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA**

**Por D. PABLO CEREZO GARCÍA-VERDUGO**  
*Licenciado en Derecho Oficial de la Administración de Justicia*

## **Resumen**

Se afronta este trabajo con un previo estudio somero del delito de violencia doméstica como base para abordar, más profundamente, la Orden de Protección de la Víctimas de Violencia Doméstica, en el que además de examinar su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico, pues afecta a diversos órdenes que integran el mismo, se analizan las incidencias procesales que en su aplicación pueden concurrir.

## **Abstract**

This paper approaches the subject of home violence crimes by first reviewing general outlines of such criminal actions, and secondly, analysing the Resolution for Protection of Home violence victims. Incidences of such a law on our juridical system are viewed (affecting various strata), and trial incidences derived from application are examined.

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

### TRATAMIENTO LEGISLATIVO PENAL DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

### LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

## INTRODUCCIÓN

Si bien la violencia doméstica ha persistido sempiternamente en todos los países, culturas, religiones, y entre todas las clases sociales, ha sido en los últimos años –durante los cuales ha dejado de ser considerada como un problema privado cuyo impacto tenía fin en los límites de su propio entorno– cuando se ha producido una acometida social y legislativa contra ese drama de ámbito intrafamiliar que finalmente ha abocado en la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica objeto de este estudio.

Las causas que han dado lugar a la violencia familiar han sido fundamentadas en la desigualdad de géneros, propiciada por la ancestral distribución de papeles diferentes a hombres y a mujeres en la comunidad, que ha devenido en una preeminencia social de los primeros y una discriminación de ellas, y que se concretan, en muchos casos, en el consumo de alcohol y drogas, o en situaciones de estrés.

Los datos eran (son) alarmantes. Los conocemos. Los medios de comunicación y las instituciones correspondientes nos mantienen informados sobre ellos. Ante tales índices los poderes públicos no han tenido más remedio que abordar el problema bajo un prisma de defensa de la dignidad humana, de la sociedad y de la propia democracia.

Pero, ¿en qué consiste la violencia doméstica?, ¿qué la hace diferente del resto de las agresiones?

La violencia doméstica es el maltrato producido en el ámbito de una relación familiar, consistente en agresión física (golpes, palizas) o coacción intensa (agresión verbal, maltrato psicológico, contacto sexual no deseado, vejaciones, amenazas, destrucción de la propiedad, control del dinero) hacia la persona, normalmente, del cónyuge o de la persona con la que mantenga igual relación de afectividad y/o de los hijos, que provoca una situación de estrés y de miedo hacia el maltratador, la cual es aprovechada por él para mantener su estatus de poder y de privilegio dentro de ese entorno. Esta situación puede producirse de forma persistente en el tiempo o bien de vez en cuando mientras dura la convivencia.

Y es ese ambiente oclusivo en el que el delito se desarrolla, esa persistencia, y los concretos sujetos pasivos que la padecen, lo que diferencia este tipo de agresiones del resto que constituyen el de lesiones, en el que el sujeto pasivo es aleatorio, los ataques son ocasionales y referidos casi siempre a acometimientos físicos y, por ende, sin continuación temporal. Por otra parte es la actitud

hostigadora lo que constituye el *factum* del delito de violencia doméstica, con independencia de que la misma se concrete en la infracción penal de lesiones que no es absorbida por él.

## TRATAMIENTO LEGISLATIVO PENAL DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Los planes de Acción contra la Violencia Doméstica han dado lugar, entre otras, a sucesivas medidas legislativas que, en definitiva, se han plasmado en otras tantas modificaciones del Código Penal y de la Ley de enjuiciamiento Criminal con la finalidad de dar una respuesta penal adecuada a las acciones de maltrato y de facilitar la inmediata protección de la víctima.

El vigente Código Penal de 1995, a su entrada en vigor, afrontó el delito de la violencia familiar de forma muy parecida a como estaba hasta entonces tipificado en el texto punitivo que derogaba, pues en ambos la acción castigada era la violencia física y se exigía una situación de convivencia del agresor y de las víctimas que en ambos textos se indican. Esta respuesta se manifestó netamente deficiente y la realidad social demandó otra respuesta legislativa que, finalmente, devino en la L.O. 14/99, de 9 de Junio de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada, a partir del Primer Plan de Acción contra la violencia doméstica, con la finalidad de otorgar, en primer lugar, una mayor protección a las víctimas, modificando los arts. 33, 39, 48, 57, 83, 105 y 132, todos ellos de la ley punitiva, e imponiendo la prohibición de aproximarse o comunicarse el agresor con la víctima o víctimas, reforzando así las medidas de salvaguardia hasta entonces previstas, que se limitaban a la prohibición de aproximación del autor a determinados lugares, y que la realidad social reveló, como queda dicho prácticamente inoperantes.

Por otra parte dio nueva redacción a los arts. 153, 617 y 620 del código, tipificando, en el primero de ellos, también, como acción punible, la violencia psíquica y obviando la exigencia de convivencia, hasta ese momento necesaria, pues se refiere a los sujetos pasivos que estén *o hayan estado* en la situación de relación que se describe. En ese mismo precepto se establece los criterios que han de tenerse en cuenta para apreciar la habitualidad, especificándose éstos en el número de actos de violencia que resulten acreditados y en la proximidad temporal de los mismos, con independencia de quién haya sido el sujeto pasivo y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procedimientos anteriores. Este último matiz es el que constituye el elemento definidor del tipo, pues el segundo párrafo del art. 153 del Código Penal viene a contemplar así, como punible, la actitud de su autor, su tendencia a la comisión del acto que se prohíbe.

No obstante las pautas que indica el artículo respecto a la habitualidad son insuficientes, en principio, para apreciar su concurrencia, pues no se concreta el número de actos necesario para ello ni cuál haya de ser la proximidad tem-

poral a la que alude. Por ello ha tenido que ser la jurisprudencia la encargada de completar el concepto. Y en su labor de interpretación entendió que había habitualidad cuando los actos fueran tres o más. La jurisprudencia más reciente tiende, sin embargo, a superar esa concepción aritmética de tal repetición de actos y considera que será necesario *«una investigación minuciosa que permita deducir, aparte de ese elemento objetivo de la realización de una serie de actos de violencia física por parte del sujeto activo, esa inclinación o tendencia a repetición de actos, en que radica el peligro que está en la «ratio legis» del subtipo...»* (S. 23-4-99 de la S. II Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife).

En cuanto al elemento cronológico se exige por la jurisprudencia una proximidad temporal que lógicamente habrá de ser valorada por el juzgador.

En definitiva lo que se va a valorar, a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho, es si se da una persistencia en el trato violento que suma a la víctima en un estado de sometimiento hacia el agresor. Y esta concepción se adecua más al tipo reformado por la L.O. 14/99 arriba nombrada, pues difícilmente se puede contabilizar la violencia psíquica en una serie de actos puntuales, obedeciendo más bien a una situación, a un estado de cosas, a una actitud perdurable.

En lo referente a las faltas, por medio de la indicada ley de modificación, aparte de ampliar los sujetos pasivos a las personas que se indican en el 153, se contempló la posibilidad del ejercicio de oficio de la acción penal también respecto a las amenazas, requisito éste que permitirá la aplicación, en toda su extensión de la orden de protección, como después veremos.

Las modificaciones realizadas por esa ley en la de enjuiciamiento criminal fundamentalmente persiguen el objetivo, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de aquélla, de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima.

## LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

La ley 27/2003, de 31 de Julio (B.O.E. de 1 de agosto), reguladora de esta orden de protección, accede a nuestro ordenamiento jurídico avalada por el consenso y unanimidad de todos los grupos parlamentarios, tanto del Congreso como del Senado de nuestra nación, como muestra la sensibilidad de los sectores sociales y de los poderes públicos para con el problema que se estudia.

La orden de protección viene concebida como un instrumento judicial que, como se dice en la exposición de motivos de la norma, dé «una respuesta integral frente a la violencia de género». Ello implica que, a partir de su emisión por parte del juez de instrucción, la víctima va a gozar de un estatuto global de protección que se especifica en medidas de carácter penal, civil y social. Esto es:

una sola resolución judicial puede conllevar aparejadas medidas cautelares de carácter penal que afecten a la situación personal o a la libertad de movimientos del agresor; medidas de carácter civil, sin necesidad de que previamente se haya entablado el correspondiente proceso matrimonial, referidas a cualquiera de las decisiones que recoge el art. 103 del Código Civil para las demandas de nulidad, separación o divorcio; y, por último, otorga a la persona o personas perjudicadas un título de actuación ante las distintas administraciones públicas, estatal, autonómica o local, para que, a partir del mismo, articulen los mecanismos de protección social que tengan atribuidos. Ésta es, según dice la exposición de motivos la novedad más importante, «el elemento más innovador». Porque la orden de protección se configura así como un sistema de coordinación de los órganos judiciales y administrativos, que van a actuar, estos últimos y en este caso, no por mor de su deber de cumplir las resoluciones judiciales y de colaboración con los jueces y tribunales (art. 118 de nuestra Carta Magna y 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), obligación que fenece con la observancia de las concretas medidas ordenadas, sino que a partir de aquélla desarrollarán sus mecanismos de protección conforme tengan por más adecuado al caso concreto conforme a las directrices normativas de las que dependan.

La orden de protección tiene su razón de ser en el marco de las primeras diligencias penales, pues así lo prevé el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que modifica la misma ley 27/2003, y que otorga a aquélla un carácter instrumental a los fines que se describen en ese precepto. En concordancia con esa cualidad el procedimiento que ahora se instituye tiene una vocación teleológica y por ello ha de ser necesariamente sencillo y rápido según las pautas que se determinan en el nuevo art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El trámite comienza, en principio, por la solicitud por la víctima o por las personas que tengan con ella alguna de las relaciones descritas en el art. 153 del Código Penal, utilizando un formulario o modelo formalizado facilitado al efecto por los servicios sociales y las instituciones que se mencionan en el Apartado 3 del indicado art. 544 ter. Por su parte la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección (prevista en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Reguladora de la Orden de Protección), en su *Protocolo para la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica*, establece estas características que ha de tener la solicitud: sencillez, fácil accesibilidad e integridad (es decir, orientada a la comentada protección penal, civil y social).

Pero también cabe la posibilidad de que el procedimiento sea iniciado de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. A este efecto el párrafo 2.º del Apartado 2 del nuevo artículo que se comenta impone la obligación a las «entidades u organismos asistenciales, públicos o privados» de poner inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal los hechos de que tuvieran noticia y que pudieran ser constitutivo de un delito o falta a que se refiere el apartado 1.

Ahora bien la redacción del nuevo precepto puede dar lugar a equívoco pues exige, como suso se indica, que el procedimiento se inicie a instancia de la víctima o de las personas que tengan con ella la relación descrita en el art. 153 del Código Penal, pero es que esta norma sustantiva considera también a esas personas como propias víctimas, entonces el Apartado 2, ¿se refiere a que sólo todas ellas, como víctimas, pueden instar la orden de protección? ¿O a que la protección se pedirá, en virtud de la relación que mantienen con ella, para la víctima? Habida cuenta de la posibilidad de acordar la orden de protección de oficio o instancia del Ministerio Público parece que en ambos casos la respuesta a esos interrogantes ha de ser la afirmativa, sobre todo cuando el Apartado 4 menciona al «solicitante», como persona distinta a la víctima, que habrá de ser convocado a la comparecencia a la que se refiere.

Por otra parte la incoación de oficio de las diligencias necesarias que hayan de desembocar en la orden de protección puede plantear en algunos casos, y en función de las circunstancias del mismo, algún problema. Ya se ha dicho que lo que se persigue con esta orden es conferir a la víctima un estatuto integral de protección comprensivo de medidas de carácter penal, civil y social; pero para ello es necesario que la víctima lo quiera; en este caso, si procede, la orden surtirá los efectos que se pretenden. Ahora bien si no ha sido la víctima la que haya instado la solicitud ¿hasta qué punto será posible adoptar el marco general de protección? Hay que tener en cuenta que, en virtud del principio dispositivo que, con base en el art. 6.2 del Código Civil, enuncia el art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y conforme al Apartado 7 del comentado artículo 544 ter, las medidas de naturaleza civil deben ser solicitadas por la víctima o por su representante legal. Existiendo menores o incapacitados va intervenir el Ministerio Fiscal instando las medidas de protección más adecuadas para los mismos y la orden podrá dictarse con plena proyección. Pero siendo otro el caso, el juez que haya iniciado el expediente de oficio no tendrá más remedio que circunscribirse a las estrictas actuaciones penales en el marco del procedimiento penal que corresponda en el que, en su caso, sólo podría adoptar las medidas cautelares recogidas en el Artículo 544 bis y no otras y, por ende, la orden de protección no podrá alcanzar el efecto que su propia concepción prevé.

En cuanto a las actuaciones a practicar en el juzgado de guardia son éstas. Recibida la solicitud, el juez, liminarmente, tendrá que valorar, atendiendo a los datos de que se disponga, si concurren los indicios fundados de la comisión de los delitos o faltas que se enuncian en el Apartado 1 y si se da la situación objetiva de riesgo que requiera la adopción de las medidas de protección. Si es así incoará el procedimiento penal correspondiente y convocará a la audiencia urgente a que se refiere el Apartado 4, a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de Abogado, así como al Ministerio Fiscal.

Esta audiencia, en virtud del principio de economía procesal y en aras de la celeridad que, como fundamento de la protección que se quiere otorgar a las

víctimas, informa las últimas iniciativas legislativas atinentes al proceso penal, es compatible con la celebración simultánea de la audiencia prevista en el art. 504 bis 2 de la ley procesal penal, prevista como requisito necesario antes de la resolución por el juez de la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales. Es compatible también con la celebración simultánea de la audiencia regulada en el art. 798 de la misma ley en aquéllas causas que se tramiten por el procedimiento de juicios rápidos; en estos casos, lógicamente, por imperativo del art. 795, ello será únicamente posible cuando la orden de protección haya sido solicitada ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o se comunique al juzgado de instrucción a través de ellas. Finalmente se prevé la posibilidad de la celebración de la audiencia durante el acto del juicio de faltas.

Algunas cuestiones surgen respecto a lo que se acaba de exponer. La primera en relación con la celebración de una sola audiencia para dilucidar sobre la adopción de las medidas cautelares de carácter personal (art. 504 bis 2) y sobre la procedencia de decretar la orden de protección que tratamos en la que se determinarán las medidas procedentes de distinta naturaleza, pues todas ellas, con el afán unificador de los distintos instrumentos de amparo y tutela a los perjudicados que se justifican en la Exposición de Motivos, se decidirán en una sola resolución judicial, un auto; así lo manda el repetido Apartado 4. Pero es que a partir de ese auto las diversas medidas adoptadas van a seguir su propio camino procedimental, en el sentido de que unas quedaran afectas al pleito penal y otras, en cambio, mantienen sólo una vinculación provisional en expectativa de que nazca o no un procedimiento de distinta naturaleza. Ello obliga, para la tramitación de los eventuales incidentes que pudieren surgir, a la apertura de tantas piezas separadas como medidas cautelares de distinta clase se adopten, encabezadas cada una de ellas con testimonio de tal resolución. Y digo «obliga» porque si su formación, en lo referente a la situación personal, es un mandato del art. 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («Las diligencias de prisión y libertad provisionales y de fianza se sustanciarán en pieza separada»), en buena lógica y coherencia habrá de ordenarse otras para los demás casos.

Otro tema a plantear en relación con la mencionada coincidencia de la comparecencia con la prevista para los juicios rápidos o con el plenario del juicio de faltas es el de si, habida cuenta de la diversidad de la naturaleza de las pretensiones que se plantean, es posible que la respuesta judicial a aquélla se plasme en una sola resolución. Ya hemos comentado en el párrafo anterior que la voluntad del legislador es la de la unificación de los distintos medios de amparo a través de un solo auto. Pero tanto los juicios rápidos, en su caso, como los de falta los resuelve el juez de instrucción por sentencia. Entonces ¿sería ésta la resolución a dictar, con carácter omnicompreensivo, ante la confluencia de la comparecencia encaminada a dictar la orden de protección con el acto del juicio de faltas o comparecencia de los rápidos? Es tentador decir que sí, pero no es viable. Primero porque la norma es inequívoca cuando ordena «el Juez de guardia resolverá mediante *auto*...», y a su sentido literal hemos de estar conforme



a lo pautado por el art. 3 del Código Civil. En segundo lugar porque, como ya se ha dicho, la orden de protección tiene un carácter de «primeras diligencias», lo cual le confiere una condición de provisionalidad a la que una sentencia no puede, en ningún momento, dar respuesta, pues su finalidad es decidir definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso (art. 245. 1. c, de la L.O.P.J., y 141 de la L.E.Crim.), en definitiva dar una respuesta de fondo a la acción penal planteada, la cual seguirá su curso procesal con independencia de los avatares que puedan surgir en relación con las medidas cautelares no intrínsecamente relacionadas con esa acción. Por ello lo procedente será dictar además un auto otorgando la protección, comprensivo de las medidas civiles, cuya vigencia se condiciona, como veremos, a un posterior proceso familiar, y mediante cuyo testimonio se harán vales por el perjudicado las medidas administrativas que pretenda.

Celebrada la audiencia tiene el Juez de Guardia amplios poderes para adoptar las prevenciones más adecuadas al caso concreto, las cuales, lo hemos comentado, podrán concretarse en *medidas penales* (prisión provisional, prohibición de aproximación, de residencia, de comunicación, o cualesquiera otra tendente a garantizar la seguridad y sosiego de las víctimas); *medidas civiles* que, se repite, han de ser decretadas previa petición de la persona damnificada y tras un debate contradictorio en el que, aunque el nuevo artículo nada diga, los comparecientes podrán interesar los medios de prueba que consideren oportunos, los cuales serán admitidos por el juez si son útiles y pertinentes y su práctica no implica sobrepasar el plazo máximo de setenta y dos horas prescrito por el Apartado 4 de nuestro artículo. Tales medidas se corresponderán con las llamadas medidas provisionales de los procesos matrimoniales a que se refiere los Arts. 102 y 103 del Código Civil, y serán adoptadas «siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil» (dándose así cumplimiento al constitucional derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley que reconoce el art. 24 C.E.) No obstante, en atención a la tan comentada finalidad de protección, no habría inconveniente, si el caso concreto lo requiriese, para la adopción de nuevas disposiciones civiles no decretadas previamente por el juez civil, sin perjuicio de que en el plazo de treinta días fueran por él ratificadas. En los demás casos, no existiendo proceso matrimonial previo, las medidas de carácter civil tendrán una vigencia temporal de treinta días condicionada a la incoación, a instancia de la víctima, de un proceso de familia, a partir del cual tendrán una vigencia de otros treinta días, en cuyo plazo habrán de ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia competente.

Asimismo la resolución resultante entraña la posibilidad de activación de *medidas asistenciales y de protección social* por medio de un título habilitante —el testimonio del auto— que permitirá acceder a las que estén previstas con tal carácter por el ordenamiento jurídico, en particular, a la asistencia jurídica gratuita y especializada, y a la denominada *Renta Activa de Inserción*, regulada en el R.D. 945/2003, de 18 de Julio, que establece un programa, para el año 2003

(«sin perjuicio de que sea posible la prórroga de su vigencia en años sucesivos por disposición expresa del Gobierno») para la percepción de tal renta por, entre otras personas, quienes tengan acreditada la condición de víctima de violencia doméstica en los términos previstos por el art. 2. 2 c. de ese Real Decreto. Esa renta será igual al 75% del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento (para el año en curso equivale a unos 338,4 €) y su percepción tendrá una duración máxima de 10 meses. Por otro lado esta misma norma prevé, ya sólo para las víctimas de la violencia doméstica, la posibilidad de percibir «en un pago único una ayuda suplementaria de tres meses de renta activa de inserción a partir del día siguiente a aquel en que se solicite, sin que ello minore la duración máxima de dicha renta» (art. 6 del Real Decreto citado) Además la recepción de estos subsidios son compatibles, cuando procedan, con las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, *de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*.

Por otra parte, la orden de protección implica el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del reo así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas y, particularmente, sobre la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos recobran un papel fundamental las Oficinas de Atención a las Víctimas, las cuales, según se establece en el ya nombrado protocolo de la Comisión para la Implantación de la Orden de Protección, desarrollarán su actividad «de manera pro-activa, es decir, tomando la iniciativa de contactar con la víctima y anticipándose a sus posibles necesidades». A más de ello, el Apartado 8 del art. 544 ter de la ley procesal prevé la elaboración de un reglamento para el establecimiento de un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de las comunicaciones que contempla. Por último y como un instrumento más de ese sistema de coordinación se organizará, también reglamentariamente, un Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

Para finalizar, no se alude en el nuevo artículo a la procedencia de recurso alguno contra el auto resolutorio de la solicitud de la orden de protección, por lo que habrá de estarse al régimen general establecido respecto a ellos por la Ley de Ritos correspondiente, teniendo en cuenta que atendiendo a la diversidad de medidas cautelares que pueden ser adoptadas, cabrá, según la naturaleza de las mismas, un recurso u otro, así, por ejemplo, contra la prisión provisional cabrá el de apelación, pues así lo autoriza el art. 217 en relación con el 504 bis 2 de ese ley, en cuanto al resto de las medidas cautelares de carácter penal, si no está previsto expresamente el recurso de apelación, solo procederá el de reforma, y ello a pesar de que la resolución sea sólo una. Es decir, si en el mismo auto se adopta la prisión provisional del denunciado junto con otras medidas cautelares de distinta naturaleza sólo aquella podrá atacarse mediante la apelación, por estar así expresamente previsto en la Ley, la cual, por otra parte, ya en otro lugar, ha mostrado ser esa su voluntad de respeto, en todo caso, al sistema general de impugnaciones cuando en su art. 783.3 afirma que contra el auto de apertura

de juicio oral no cabrá recurso alguno excepto en lo relativo a la situación personal. Y en cuanto al auto en que se resuelva sobre medidas civiles, por mor del art. 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabría recurso alguno, pero como el mismo se dicta en el marco del proceso penal, atendiendo al resto de las medidas con las que confluya cabrá el de reforma.

Cáceres a quince de septiembre de 2003.